

Hartmann/Pieroth • Spielbanken und Spielhallen zwischen Landes-, Bundes- und Unionsrecht



Bernd J. Hartmann/Bodo Pieroth

Spielbanken und Spielhallen zwischen Landes-, Bundes- und Unionsrecht

Zwei Rechtsgutachten



Nomos

Prof. Dr. Bernd J. Hartmann/Prof. Dr. Bodo Pieroth

Spielbanken und Spielhallen zwischen Landes-, Bundes- und Unionsrecht

Zwei Rechtsgutachten



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-0509-2

1. Auflage 2013

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2013. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

In unserer Zeit hat das Glücksspiel einen schweren Stand. Galt das Casino einst als der Treffpunkt der glücklichen Reichen, vermutet man dort heutzutage vor allem arme Kranke. In erster Linie die Länder der Bundesrepublik Deutschland haben der Glücksspielsucht den Kampf angesagt. Dabei wird häufig zweierlei übersehen: Das Spielen ist eine verfassungsrechtlich geschützte Freiheitsbetätigung, und nicht jede Sucht rechtfertigt Freiheitsbeschränkungen durch den Staat. Der Staat soll verhindern, dass die Menschen anderen Menschen Schaden zufügen; aber der überfürsorgliche Staat tendiert dazu, den Menschen die Selbstbestimmung auch dort zu nehmen, wo sie nur sich selbst oder gar nur ihren Geldbeutel schädigen. Dem ist umso entschiedener entgegenzutreten, als in kaum einem anderen Politikbereich so viel geheuchelt wird wie hier: Einerseits überbieten sich die Landesgesetzgeber in immer restriktiveren Regelungen für das Glücksspielangebot von Privaten; andererseits wird für das von den Ländern organisierte Lottospiel intensiv geworben und werden neue Standorte für staatlich unterhaltene Spielbanken eröffnet.

Die dynamische Entwicklung der Regulierung des Glücksspiels im letzten Jahrzehnt hat im Wesentlichen drei Auslöser: einen technischen, einen judikativen und einen exekutiv/legislativen. Der technische ist der Siegeszug der neuen Medien, vor allem des Internets mit der Vereinfachung und Verbreitung hauptsächlich der Sportwetten. Staatliche Versuche, dem Einhalt zu gebieten oder die daraus erzielten Gewinne für die öffentliche Hand zu reservieren, haben der Europäische Gerichtshof und das Bundesverfassungsgericht aus Gründen der Dienstleistungs- und Berufsfreiheit gebremst. Insbesondere das vom Europäischen Gerichtshof entwickelte Kohärenzgebot hat gravierende Auswirkungen für das mehrfach inkohärente deutsche Glücksspielrecht. Die Landesexekutiven und -legislativen haben zunächst mit dem Glücksspielstaatsvertrag und dann zusätzlich mit den Spielhallengesetzen den staatlich dominierten Glücksspielsektor soweit wie möglich (und möglicherweise darüber hinaus) aufrechterhalten. Geholfen hat den Ländern dabei eine kleine, aus einem politischen Kompromiss hervorgegangene und zunächst wenig beachtete Verfassungsänderung. Durch die Föderalismusreform I im Jahr 2006 haben nämlich die Länder die Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Spielhallen erhalten.

Der aus dieser Entwicklung hervorgegangene gegenwärtige Zustand des Rechts der Spielhallen und Spielbanken ist Gegenstand der beiden folgenden Rechtsgutachten. Das erste ist im Auftrag der AWI Automaten-Wirtschaftsverbände-Info GmbH, Berlin, entstanden. Es zeichnet die Entwicklung mit ihren vielfältigen einfach-rechtlichen, verfassungsrechtlichen und unionsrechtlichen Problemen nach

und hat zusätzlich einen verfassungspolitischen Schwerpunkt: Ist die aktuelle Rechtslage positiv für unser Gemeinwesen? Die Antwort ist, wie der Titel des Rechtsgutachtens zum Ausdruck bringt, skeptisch bis negativ. Das zweite Rechtsgutachten ist im Auftrag der Casino Merkur Spielothek GmbH, Espelkamp, entstanden. Es fragt, inwiefern Spielbanken und Spielhallen gleich zu behandeln sind. Dabei deckt der Vergleich des Spielbanken- und des Spielhallenrechts Inkohärenzen und Inkonsistenzen auf, die mit höherrangigem Recht unvereinbar sind.

Münster/Osnabrück, März 2013

*Bernd J. Hartmann
Bodo Pieroth*

Inhaltsverzeichnis

Kapriolen des Föderalismus. Die Entwicklung des Spielhallenrechts seit der Grundgesetzänderung von 2006 <i>Bodo Pieroth unter Mitarbeit von Frederike Kolbe</i>	9
Sind Spielbanken und Spielhallen gleich zu behandeln? <i>Bernd J. Hartmann</i>	95

Sind Spielbanken und Spielhallen gleich zu behandeln?

Professor Dr. iur. Bernd J. Hartmann, LL.M. (Virginia)

Ergebnis

1. Spielbanken und Spielhallen sind gleich zu behandeln, soweit das höherrangige Recht eine Gleichbehandlung vorschreibt. Für den Gesetzgeber sind insofern insbesondere das Kohärenzgebot des Unionsrechts und das Konsistenzgebot des Verfassungsrechts einschlägig.
2. Unionsrechtliches Kohärenz- und verfassungsrechtliches Konsistenzgebot stimmen inhaltlich überein: Beide Gebote verlangen, dass eine Regelung nicht nur mit Blick auf den verfolgten Zweck, sondern auch mit Blick auf andere Regelungen im Sachbereich stimmig ausfällt.
3. Unterschiede ergeben sich hinsichtlich der Reichweite und (nach derzeitigem Stand der Rechtsprechung) auch hinsichtlich der Wirkkraft: Das unionsrechtliche Kohärenzgebot formuliert dabei sowohl den weiterreichenden als auch den wirkräftigeren Maßstab.
4. Den weiterreichenden Maßstab formuliert das unionsrechtliche Kohärenzgebot, weil es gesetzgeberübergreifend gilt. Dagegen erfasst das verfassungsrechtliche Konsistenzgebot nur die Regelungen ein und desselben Gesetzgebers. Das verfassungsrechtliche Konsistenzgebot hat daher an Reichweite gewonnen, seit die Föderalismusreform I die Gesetzgebungszuständigkeit für das Recht der Spielhallen auf die Länder übertragen hat. Jedenfalls soweit ein Land von dieser Gesetzgebungszuständigkeit Gebrauch macht, ist es ein und derselbe Landesgesetzgeber, der sowohl das – seit jeher landesrechtlich geregelte – Recht der Spielbanken als auch das – dann ebenfalls landesrechtlich geregelte – Recht der Spielhallen setzt.
5. Den wirkräftigeren Maßstab formuliert das unionsrechtliche Kohärenzgebot, weil es Kohärenz für das gesamte Glücksspielrecht verlangt. Dagegen wirkt das verfassungsrechtliche Konsistenzgebot jedenfalls nach derzeitiger Rechtsprechung nur innerhalb ein und derselben Glücksspielart.
6. Um den Anforderungen an Kohärenz und Konsistenz zu genügen, haben die Länder, als sie den Glücksspielstaatsvertrag geändert haben, das Recht der Spielbanken und der Spielhallen teilweise harmonisiert. Sie verfehlen die Anforderungen gleichwohl: Das Recht der Spielbanken und das der Spielhallen ist, wie der Vergleich zeigt, inkohärent und inkonsistent gefasst.
7. Mit Blick auf die verfolgten Ziele der Prävention pathologischen Spielverhaltens sowie des Schutzes des Spielers und der Allgemeinheit vor Vermögensverlusten des Spielers trägt die im Glücksspielrecht durchgängig vorgesehene Unterscheidung nach der Spielstätte nicht. Kohärenz und Konsistenz verlangen

vielmehr, dass die Regelung vor allem auf die Spielart (d.h. insbesondere auf die Spielstruktur, wie sie aus den Spielregeln folgt) und daneben auf das Spielumfeld abstellt.

8. Geldspiel-Automaten sind sowohl in Spielbanken als auch in Spielhallen im Angebot. Dabei unterscheiden sich die gesetzlichen Vorgaben für Spielstruktur und -umfeld. Weil die Gefahr pathologischen Spielverhaltens in Spielbanken in der Tat größer ist als in Spielhallen, erscheint es inkohärent und inkonsistent, dass Spielart und Spielumfeld der Geldspiel-Automaten in Spielbanken weniger strengen Vorgaben unterliegen als in Spielhallen.
9. Die Berliner Gesetzgebung verstößt außerdem gegen das Kohärenzgebot, weil sie Spielbanken und Spielhallen beide einer Zugangskontrolle nach dem Burtor-Prinzip unterwirft, während Präventionssteigerungen und Schadensminimierungen nach dem Stallwachen-Prinzip in der Spielstätte selbst nur für Spielhallen, nicht aber für Spielbanken vorgesehen sind.
10. Die Spielstruktur an Geldspiel-Automaten in Spielbanken einerseits und in Spielhallen andererseits unterscheidet sich überhaupt nur graduell. Dementsprechend erscheint es inkonsistent und inkohärent, bloß graduell unterschiedliche Spielstrukturen einem kategorial anderen Ansatz zu unterwerfen.

Inhaltsverzeichnis

A. Gutachtenauftrag	101
B. Rechtsquellen	103
I. Spielbanken	103
II. Spielhallen	104
III. Vergleich	106
C. Beurteilungsmaßstäbe	110
I. Unionsrechtliche Kohärenz	110
1. Herleitung	110
2. Inhalt, Reichweite, Wirkkraft	114
II. Grundgesetzliche Konsistenz	116
1. Herleitung	116
2. Inhalt, Reichweite, Wirkkraft	116
III. Rechtsdogmatische Konsequenz	118
D. Regelungsziele	121
E. Regelungsinstrumente	125
I. Suchtprävention	125
1. Grundlagen	125
a) Drei-Faktoren-Modell	125
b) Spielstruktur	126
c) Spielumfeld	127
2. Recht der Spielbanken	128
a) Spielstruktur	128
aa) Gewinn- und Verlustgrenzen	128
bb) Spielgeld statt Geldspiel	129
b) Spielumfeld	130
aa) Sperrsystem	130
bb) Verfügbarkeit	130
cc) Alkoholausschank	131
dd) Werbebeschränkung	131

3. Recht der Spielhallen	131
a) Spielstruktur	131
aa) Verlust- und Gewinn Grenzen	131
bb) Geldspiel statt Spielgeld	132
b) Spielumfeld	133
aa) Sperrsystem	133
bb) Verfügbarkeit	133
cc) Alkoholausschank	135
dd) Werbebeschränkung	135
4. Vergleich des Suchtpräventions-Instrumentariums	135
a) Burgtor- versus Stallwachen-Prinzip	135
b) Repressive versus präventive Konzeptualisierung	137
c) Graduelle versus kategoriale Differenzierung	138
d) Theoretische versus empirische Basierung	141
5. Ergebnis	142
II. Kriminalitätsbekämpfung	144
F. Rechtsfolge	146
Literatur	148

F. Rechtsfolge

Ungleichbehandlungen wie die festgestellten Verstöße gegen Kohärenz- und Konsistenzgebot können auf drei Weisen behoben werden: die Spielbanken werden jeweils wie die Spielhallen, die Spielhallen werden jeweils wie die Spielbanken oder beide werden jeweils auf eine dritte, gleiche Weise behandelt. Eine Grenze der Kohärenzherstellung durch Regelungsübertragung ergibt sich dabei wiederum aus den Rechtfertigungsanfordernissen: Die kohärenzherstellende, für Spielbanken und Spielhallen übereinstimmende Regelung muss sowohl für Spielbanken als auch für Spielhallen mit den Grundfreiheiten des Unionsrechts und den Grundrechten des Grundgesetzes vereinbar sein. Verstößt die Regelung auch nur in einem der beiden Fälle gegen die unions- oder verfassungsrechtlichen Vorgaben, kommt sie aufgrund des Kohärenzgebotes für keinen der Fälle mehr in Frage.

Dass sich die Gebote der Kohärenz und Konsistenz als Anforderung der Verhältnismäßigkeit (Erforderlichkeit) begreifen lassen, stärkt die Position der Spielhallenbetreiber, die sich gegen die – im Vergleich zu den Spielbanken inkonsistente und inkohärente – Regelung wehren wollen. Eine (verfassungsrechtlich) inkonsistente oder (unionsrechtlich) inkohärente Regelung, die in ein (verfassungsrechtliches) Freiheitsgrundrecht bzw. in eine (unionsrechtliche) Grundfreiheit eingreift, ist schon deshalb (verfassungsrechtlich) nichtig bzw. (unionsrechtlich) unanwendbar. Der diese Rechtsfolge im Rahmen der gleichheitsrechtlichen Prüfung verhin-dernde Einwand, dass die Rechtswidrigkeit auch durch Schlechterstellung der Spielbanken beseitigt werden könne, gilt im Rahmen einer freiheitsrechtlichen Prüfung gerade nicht.

Prozessual sind es die Mitgliedstaaten, welche für das Vorliegen der rechtfertigenden Voraussetzungen darlegungs- und beweispflichtig sind,¹⁸¹ auch wenn der EuGH nicht verlangt, die empirischen Daten bereits im parlamentarischen Verfahren zu erheben.¹⁸² Nach den Ergebnissen dieses Gutachtens werden die Länder ihre prozessualen Darlegungs- und Beweislasten kaum erfüllen können: Die materiell-rechtlichen Regelungen verstoßen im beschriebenen Umfang schon gegenwärtig gegen das Kohärenzgebot.

Für die Zukunft ist festzuhalten, dass die Länder den Weg, die Spielbanken im Wesentlichen nur über die Begrenzung ihrer Anzahl in Verbindung mit einer Ein-

181 Vgl. etwa EuGH, Rs. C-42/02, Slg. 2003, I-13519, Rn. 25 f. – Lindman; Rs. C-260/04, Slg. 2007, I-7083, Rn. 33 – Kommission/Italien; Rs. C-212/08, EuZW 2011, S. 674 (Rn. 70) – Zeturf.

182 Vgl. EuGH, verb. Rs. C-316, 358, 359, 360, 409, 410/07, Slg. 2010, I-8069, Rn. 70 ff. – Stoß.

gangskontrolle nach dem Burgtorprinzip zu regulieren, auf kohärente Weise nicht werden weiterverfolgen können, wenn die Spielhallen mit Blick auf die Vergleichsparameter (Standortwahl, Werbung, Spielangebot) ohne Rechtfertigung über das beschriebene Maß hinaus beschnitten werden.

Der Bundesgesetzgeber hat die dargestellte Benachteiligung der Spielhallen jedenfalls nicht verringert, als er die jüngsten Änderungen der Gewerbeordnung verabschiedete. Ab 1. September 2013 verlangt auch das Bundesrecht „als weitere Voraussetzun[g]“¹⁸³ den Nachweis, dass der Antragsteller „über ein Sozialkonzept einer öffentlich anerkannten Institution verfügt, in dem dargelegt wird, mit welchen Maßnahmen den sozialschädlichen Auswirkungen des Glücksspiels vorgebeugt werden soll“ (§ 33c Abs. 2 Nr. 3 GewO n.F.).¹⁸⁴ Die Überregulierung, die in einem doppelten Sozialkonzept sowohl nach Landes- wie nach Bundesrecht läge, lässt sich wohl nur noch vermeiden, wenn das landesrechtlich verlangte Sozialkonzept zugleich als das bundesrechtlich verlangte Sozialkonzept gem. § 33c Abs. 2 Nr. 3 GewO n.F. Anerkennung findet.

Dass „personenungebundene Identifikationsmittel“ (sog. Spielerkarten), Inkohärenzen abzubauen in der Lage sein werden, erscheint derzeit zweifelhaft.¹⁸⁵ Spielerkarten zu verlangen ermöglicht die bereits in Kraft getretene Ermächtigung des § 33f Abs. 1 Nr. 3 lit. h) GewO mit dem Ziel, dass jeder Spieler nur ein Gerät bespielt.¹⁸⁶

183 BT-Drs. 17/10961 v. 10.10.2012, S. 10, vgl. auch S. 12 („Eine entsprechende Vorgabe enthält auch § 6 des Glücksspielstaatsvertrages“).

184 Art. 1 Nr. 2 lit. a), Art. 7 Abs. 1 des Gesetzes zur Änderung der Gewerbeordnung und anderer Gesetze vom 5.12.2012 (BGBl. I S. 2415).

185 Art. 1 Nr. 5 lit. b), Art. 7 Abs. 4 des Gesetzes zur Änderung der Gewerbeordnung und anderer Gesetze vom 5.12.2012 (BGBl. I S. 2415); vgl. BT-Drs. 17/10961 v. 10.10.2012, S. 12, 17 („erste[r] Schritt“).

186 Art. 1 Nr. 5 lit. b), Art. 7 Abs. 4 des Gesetzes zur Änderung der Gewerbeordnung und anderer Gesetze vom 5.12.2012 (BGBl. I S. 2415); vgl. BT-Drs. 17/10961 v. 10.10.2012, S. 12, 17 („erste[r] Schritt“).